

## 研究ノート

## 「人権の基礎理論」の基本問題

—憲法判例から論点を考える—

法科大学院教授 古川 純

I. 非嫡出子の相続差別規定と判例変更  
(違憲判決)の可能性【注1】  
設問

問題用紙添付の報道記事〔注：「最高裁、合憲見直し」朝日新聞2010. 7.10朝刊〕にあるように、最高裁第三小法廷は、非嫡出子（婚外子）の相続格差規定（民法900条4号但し書）違憲訴訟の特別抗告審で審理を大法廷に回付する決定を行った。これにより、同規定の大法廷合憲決定（平成7. 7.5）の見直し（判例変更）を行う可能性が高いと見られている。以下の設問に即して答えてください。

問（1）大法廷が判例変更を行うと仮定した場合、どのような理由に基づいて違憲判断を示す可能性があるか、参照判例および資料を参照して違憲審査基準論などをも考察し論じてください。

問（2）他方で、大法廷の合憲決定判例は今なお維持されるべきだとする意見もありうることを仮定して、その理由について参照判例および資料を参照し問（1）の理由との関連をも検討しながら論じてください。

なお、参照判例および資料として、〔判例

1〕非嫡出子相続格差訴訟最高裁大法廷合憲決定（平成7. 7.5）、〔資料①〕同訴訟特別抗告理由、〔判例2〕非嫡出子相続格差訴訟第二小法廷決定（平成15. 3.28）、〔判例3〕非嫡出子相続格差訴訟第一小法廷決定（平成15. 3.31）、〔判例4〕国籍法違憲訴訟最高裁大法廷違憲判決、〔資料②〕同訴訟第1審判決および第2審判決（抄）を添付するので、それぞれ判例の多数意見・補足意見・反対意見をよく参照し、また資料も利用してください。

## 〔解答の論点〕

問（1）最高裁大法廷が平成7年大法廷判決の判例変更を行うと仮定した場合の違憲判決理由について順を追って検討し、述べる。

①嫡出子と非嫡出子との間における法的処遇の格差に対する最高裁の判断の基礎にある考え方は、〔判例4〕によって〔判例1〕のそれから大きく変化したと考えられる。決定的なのは、「社会通念及び社会的状況の変化」に関する認識である。〔判例4〕多数意見は、国籍法3条1項が、日本国民たる父と外国人たる母のあいだに生まれて父による認知を受けた非嫡出子の場合には父母に法律上の婚姻関係を要件として（準正）日本国籍取得が認められると定めることに

ついて、憲法10条は国籍の得喪について立法府の裁量判断にゆだねる趣旨であると解しつつ、しかし法律の要件によって生じた区別が合理的な理由のない差別的取扱いになるときは憲法14条違反の問題を生ずるとした。その判断基準は、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合」には合理性を欠き違憲となつた。一方で、日本国籍は「我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位である」ととらえ、他方で、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である」から、「日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」とした。慎重な検討の結果、多数意見は(i)国籍法3条1項は「血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けるが、区別を生じさせた「目的自体には、合理的な根拠がある」と判断した。そして(ii)国籍法が本件のような場合に国籍取得に「準正」を要件としたことは、立法当時には「立法目的との間に一定の合理的関連性があった」のではあるが、しかしながらその後の「我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一

様ではなくなつてきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化してきている。」さらに「社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、我が国の国際化の進展に伴い、国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない」とした。また(iii)「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向に」あり、さらに「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存在する」ことを認識していることを述べた。(iv)以上をまとめると、多数意見は「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による国籍取得の要件としておくことについて、前期の立法目的との間に合理的な関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」と判断した。(v)さらに国籍法が1984年一部改正で採用した父母両血統主義に照らして検討すると、国籍法上は、日本国民である父から胎児認知を受けた子および日本国民である母の非嫡出子は「生来的に日本国籍を取得することと

なる」が、しかし「同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち準正による嫡出子たる身分を取得しないものに限っては、生来的に日本国籍を取得しないのみならず、同法3条1項所定の届出による日本国籍を取得することもできないことになる。」このような区別の結果、「日本国民である父から出生後に認知されたとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けているものといわざるを得ない」と判断された。したがって、非嫡出子に対する本件の区別は「日本国籍取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせて」おり、「上記の立法目的との間において合理的関連性があるものということはもはやできない」、憲法14条1項に違反するというべきであると判断されたのである。

注目しておきたいのは、〔判例4〕泉徳治判事の補足意見である。補足意見は一般に、多数意見を構成しながら多数意見の判決理由（特に判断基準）の理論的な支柱となる考え方や今後の類似の事案・訴訟に対する主張・立証方法についての示唆を述べるものであるからである。泉補足意見は、まず(a)本件の非嫡出子を日本国籍取得から「排除」している国籍法の差別について、「これは、日本国籍の付与に関し、非嫡出子であるという社会的身分と、日本国民である親が父であるという親の性別により、父に出生後認知された非嫡出子を差別するものである」と理解する。そして(b)「この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法

14条1項に差別禁止理由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」と述べ、本件の区別に対する平等審査の基準に関しては学説上の「厳格な合理性」の基準によるべきことを明らかにした。この基準にもとづく立法目的とその達成手段にかかわる社会的事実の審査の結果、(c)「立法目的は正当なものといえることができる」が、「非嫡出子の日本社会との結合関係が、『父母の婚姻』がない限り希薄であるとするのは、型にはまった画一的な見方といわざるを得ない」として、非嫡出子のうち『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得したものに限って日本国籍を付与することとした手段との間には、事実上の実質的関連性があるとはいいがたい」と述べた。非嫡出子という社会的身分に対する差別の審査である点で、問題文の民法900条4号但書きの合憲性判断基準として射程範囲にあると考えられる。

多数意見の依拠した判断基準は「立法目的と手段との合理的関連性」という形式的な判断基準のように読めるが、手段の詳細な審査、特に国際的・国内的な社会的経済的環境の変化に伴う社会通念や社会的状況の変化を踏まえて、立法当時に合理的とされた本件区別のような手段を支える社会的事実＝「立法事実」が変化したことを明らかにした審査結果を根拠として、本件区別を（非嫡出子という身分および親の性別による

差別であるとして)「著しく不合理」と判断していると理解できる。多数意見の表現方法は明確ではないものの、泉補足意見に照らして多数意見を読むならば、やはり「厳格な合理性」の基準の採用を示唆していると理解できないでもないであろう。

②〔判例4〕の新しい枠組みのなかで最高裁大法廷が民法900条4号但書きの合憲性を判断して違憲判決を下す場合の理由は、国際的・国内的な社会的経済的環境の変化に伴う社会通念や社会的状況の変化は一段と進行しているものの、〔判例1〕平成7年大法廷判決の中島・大野・高橋・尾崎・遠藤5判事反対意見に求められる。

同反対意見は、(i) 憲法判断の基準について論じるに当たり、(a) 憲法13条は「個人として尊重される」と規定し、これを受けた24条2項は「相続・・・及び家族に関するその他の事項」に関して法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定しているので、相続等家族に関する立法の合憲性判断の上で十分尊重されるべきであるとする。(b) 憲法14条1項は「個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される」とする。(ii) 本件は同じ被相続人の子供でありながら非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とする規定の合憲性を問うものであり、「精神的自由に直接かわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっているといえる。したがって、その判断は、財

産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきである」と述べ、本件のような非嫡出子個人の相続差別の合憲性審査に対しては「単なる合理性」の基準ではなく、「強い合理性」=「厳格な合理性」の基準によってなされるべきことを明らかにした。(iii) 反対意見は、「婚姻を尊重するという立法目的については何ら異義はない」とし、しかし本件区別は「非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであるが」、「憲法24条2項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない」とする。すなわち、「出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということとはできない」とした。(iv) それに加えて、立法は立法当時に目的が合理的で目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、「その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得るのであって」、立法の合憲性判断については「制定当時の立法目的と共に、その後に生じている立法の



基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない」と述べ、「立法事実」の変化に伴う目的および目的達成手段の合理性の喪失＝不合理化による違憲判断の必要を結論付けている。以上は、国籍法3条一部違憲判決の判断の論理過程・結論導出と重なり、また同違憲判決の泉補足意見の判断基準と重なると考えられるので、民法900条4号但書きの判例変更＝違憲判決理由として依拠することができよう。

③〔判例2〕梶谷・滝井反対意見は、〔判例1〕の5判事反対意見と同旨〔違憲審査基準は「より強い合理性」の基準〕と述べ、それを引用するが、さらに加えて（i）法務大臣の諮問機関である法制審議会が平成8年2月に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において本件規定の改正の方向が示されたこと、（ii）国連人権委員会に我が国が提出した政治的・市民的権利に関する国際規約40条に関する報告に対して同委員会で平成10年11月に採択された最終見解において「我が国の相続権に関する婚外子差別について引き続き懸念を有し」同規約26条に基づき「法律の改定のために必要な措置をとるよう勧告している」ことをあげて、現時点において「より強い合理性」の基準を充足して「合憲であるということは一層困難である」と主張した。

問（2）平成7年大法院合憲判決を維持すべきとする意見（仮定で違憲とする多数意見に対して反対意見の位置）の理由について、〔判例1〕や〔判例2〕〔判例3〕を参照して検討する。

①〔判例1〕大西勝也判事補足意見は、本件区別「規定の立法理由に合理的根拠が

ある」としながら、「その後の我が国の社会事情、国民感情の変化には著しいものがある」とし、また「我が国を取り巻く国際的な環境の変化もまた見逃すことはできない」として、「制定当時有した合理性は次第に失われつつあり、現時点においては、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとしても、本件規定にのみ着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至った」と述べて、同判決の反対意見と一部重なる認識を持ちながら、しかし私人間の諸利益の調整の上に成り立つ民法の本規定は相続に関する「補充的な規定に過ぎない」こと、「相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性をも視野に入れた総合的な判断が必要である」ことなどを理由に、「立法政策として改正を検討することはともかく、現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できない」と述べ、「現時点においては」と断りつつ立法府の「広い立法裁量」（諸利益・諸事情の総合判断の必要）を前提に法改正を促すにとどまっている（「著しく不合理であるとまでは断定できない」というので「明白の原則」に立つか）。

②〔判例3〕島田仁郎判事補足意見は、平成7年判決から7年余りしか経過していない時点で「その間の少子高齢化に伴う家族形態の変化、シングルライフの増加、事実婚・非婚の増加傾向とそれに伴う国民の意識の変化には相当なものがある」と認識して、「立法した当時存した本件規定による区別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、現時点ではもはや失われ

たのではないかとすら思われる状況に至っている」としたが、しかし「少なくとも現時点においては、本件規定は、明らかに違憲であるとまではいえないが、極めて違憲の疑いが濃いものであると考える」と述べるにとどまった（やはり「広い立法裁量」論による「明白の原則」に立つか）。ただし同補足意見は、法制審議会が平成8年2月に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において本規定の改正の方向が示されていること、および国連人権委員会に我が国が提出した政治的・市民的権利に関する国際規約40条に関する報告に対して同委員会で平成10年11月に採択された最終見解において相続分の同等化を強く勧告していることをあげ、相続分の同等化に向けて立法府が「可及的速やかに」法改正をなすことを求めている。同補足意見はほとんど「違憲状態判決」と見てもよく、平成7年大法廷合憲判決の維持は薄氷の上を歩くようなものといわざるを得ないであろう。

【注1】2010年度前期「人権の基礎理論」期末試験問題から

## Ⅱ. 神社への公有地提供・無償譲渡と政教分離原則の審査

### 設問<sup>【注2】</sup>

〔判例①〕は、北海道砂川市が市内にある空知太（そらちぶと）神社（宗教法人ではない、1892年ごろ誕生）に無償で敷地を提供していることに対して、市民から提起された憲法20条および89条の政教分離原則違反を理由とする財産管理を怠る事実の違法確認請求訴訟（神社の撤去請求）に対する最高裁大法廷判決（平成22. 1.20, 「宗教施設

の性格や無償提供の経緯と態様、これに対する一般人の評価などを考慮し、社会通念に照らして総合判断すべきである」との判断基準のもとに違憲、違憲状態を解消するための合理的・現実的な手段の存否に関する審理不十分・破棄差戻し）の要旨である。〔判例②〕は、同じ砂川市が市内の富平（とみひら）神社（宗教法人ではない）の敷地を地元の町内会に無償で譲渡したことについて市民から同様に提起された違法確認請求訴訟に対する最高裁大法廷判決（平成22. 1.20, 「譲渡は違憲状態を解消するためのものであった」ので合憲、上告棄却）の要旨である。

〔判例③〕は津地鎮祭訴訟最高裁大法廷判決（昭和52. 7.13）、〔判例④〕は愛媛玉串訴訟最高裁大法廷判決（平成9. 4.2）であり、政教分離原則に関する憲法判例となっている。また、〔判例⑤〕は箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟最高裁第三小法廷判決（平成5. 2.16）、〔判例⑥〕は大阪地藏像事件最高裁第一小法廷判決（平成4. 11.16）であり、この二つとも公有地に建つ忠魂碑や地藏像のような宗教関連施設の事例である点では〔判例①〕および〔判例②〕の事案を政教分離原則のもとで検討する際の先例となるものと考えられる。以下の問に答えてください。

問（1）判例の政教分離原則のもとで、〔判例①〕が〔判例⑤〕や〔判例⑥〕と異なって憲法違反と判断されたのは何故か、その理由として考えられる論点について述べてください。

問（2）〔判例①〕と〔判例②〕が同じ大法廷で違憲、合憲と判断が分かれた理由は何かと考えられるか、述べてください。

### 〔問題研究と解答の論点〕

問(1) 北海道砂川市が同市内にある空知太神社に対して神社敷地を無償提供している措置が憲法の政教分離原則違反と判断された理由は何か。目的効果基準は機能するか。

①問題の背景について：明治維新で「国のかたち」を創り出した当時の政府の宗教政策は、明治5＝1872年太政官布告が「神社ノ儀ハ国家ノ宗旨ニシテ一人一家ノ私有ニスヘキニ非サルハ勿論ノ事」とするものであった。つまり、神社神道は国家の宗教・祭祀であって私人の信仰する宗教ではない、とする国家の宗教＝「国家神道」の創出を意味した。神職は国の官吏であり、神社は当然にも国有地や公有地に存在する国の施設であったのである。敗戦後の戦後大改革の原点＝憲法は精神的自由の核心としての信教の自由(20条)と国家の非宗教性・宗教的中立性を根拠付ける政教分離原則(20条, 89条)を定め、「国家神道」を解体した。この原理的転換を基礎に神社の敷地問題については、国有地につき「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」(昭和22＝1947年)、公有地については内務文部次官通牒が出され、財産につき譲与・売払い・貸付け等の措置が講じられた。戦後の神社敷地問題処理の始まりであるが、この措置がすべてに及んだわけではなく、また分離措置が意識されずに継続されてきた自治体もあり、その背後には「神社は地域の『公の宗教』」とする民衆レベルの根深い「国家神道」意識の残存や「神社は宗教にあらず」とする神社特殊意識があったと思われる。

②〔判例①〕は、北海道砂川市にある空知太(そらちぶと)神社(明治25＝1892年ご

ろ五穀豊穰祈願の祠、30＝1897年に天照大神の分霊を祭る神社、ただし宗教法人ではない)の建つ敷地について、管理運営する神社の氏子集団が市から無償提供を受けていることは「公の財産」を宗教団体のために使用することを禁じる憲法の政教分離原則に違反するので公有地に建つ神社等の施設を撤去すべきだという住民から出された訴訟で、違憲判断を示した(これは同じく違憲とした札幌地裁・高裁の判断を支持したものである)。ただし同判決は、土地使用の違憲状態を解消するためには神社等の施設を撤去しなくとも土地の譲渡や有償提供という手段がありうるという例をあげて、神社(や鳥居)等の施設を撤去した場合に神社の氏子等の信教の自由に重大な不利益があることに配慮して原審に差戻し、差戻し後の審理で違憲状態解消の「合理的、現実的な手段」を検討することを求めた。

③〔判例①〕は「憲法判断の枠組み」において、「目的効果」基準と社会通念基準(〔判例③〕、またその厳格適用の判断も出されている(〔判例④〕))を踏まえつつも「憲法89条に違反するかを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきもの」とした。これは、事案に即しつつ今後に一般性を持ちうる判断基準を示したと受けとめられるであろう。本大法廷判決は、空知太神社の敷地には集会場などがあるものの同神社の祠が設けられ、建物の外壁には「神社」の表示があり、鳥居と地神宮が設置されていることを理由に、「市が特

定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ない」と述べて、「社会通念に照らして総合的に判断すると、この利用提供行為は」市と空知太神社ないし神道とのかかわり合いが、「相当とされる限度を超える」ものとして、「憲法89条の禁止する公の財産の利用提供にあたり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当し、違憲と解される」と判断した。

ただし、そもそも宗教性の明確な神社と宗教性および習俗性が混然としていても考えられる施設とを一緒くたにして憲法判断してきたアプローチについては、[判例①]藤田宙靖判事補足意見から疑問が提起されている。すなわち、本件で合憲性が問われているのは、「多数意見にも述べられているように、取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粹の宗教施設につき、地方公共団体が公有地を単純にその敷地として提供しているという事実である。私の見るところ、過去の当審判例上、目的効果基準が機能せしめられてきたのは、問題となる行為等においていわば『宗教性』と『世俗性』とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するか決定に際してであって」〔津地鎮祭訴訟、箕面忠魂碑訴訟等はそのケース〕、「明確に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われたかが問われる場面においてではなかったといえることができる」として、本件の場合、「本件における宗教施設は、これといった文化財や史跡等としての世俗的意義を有するものではなく、一義的に宗教施設（神道施設）であって、そこで行われる行事もまた宗教的な行事である

ことは明らかである」と判断した。そして、「その意味においては、本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の運用の可否が問われる以前の問題であるというべきである」と指摘した。同補足意見は、[判例①]の多数意見が従来の判例を踏襲した「目的効果」基準に関する論理的に正当な把握であり、本件で多数意見が立脚・適用することへの疑問・正当な批判となるものと思われる。

④従来の「宗教施設」への公用地提供問題に対して合憲とされた〔判例⑤〕＝箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟最高裁第三小法廷判決（平成5. 2.16）および〔判例⑥〕＝大阪地蔵像事件最高裁第一小法廷判決（平成4. 11.16）と今回の大法廷判決の事案はどのように異なるのか。藤田補足意見が「宗教性」と「世俗性」の混在した施設に適用すべきとした「目的効果」基準の運用の射程領域の観点から見れば、いずれも合憲という結論が出されよう。具体的には、(i)〔判例⑤〕の忠魂碑問題、すなわち箕面市の小学校建替えに伴う忠魂碑（いったん壊された旧忠魂碑を戦没者遺族により昭和26＝1951年ごろ再建したもの）の市有地への移転と遺族会の無償使用に関して出された住民訴訟に対して最高裁第三小法廷判決は、忠魂碑は元来戦没者記念碑的な性格のものであり神道等特定の宗教とのかかわりは少なくとも戦後は希薄で、「村の靖国」（靖国神社の分身）と見ることはできないことなどを理由に、無償使用は政教分離原則違反とはいえないと判断した。しかしこれに対しては、忠魂碑の前では宗教儀式のもとに戦没者慰霊祭が行われており、忠魂碑は習俗化したと判断するわけにはいかないとの批判があることは否定できない。(ii)〔判例⑥〕の地



蔵像問題、すなわち大阪市が町内会に地藏像建立や移設のために市有地の無償使用を承認した行為に関して住民訴訟が出されたが、最高裁第一小法廷判決は、寺院外に存在する地藏像に対する信仰は仏教の地藏信仰が変質した「庶民の民間信仰」になり習俗化したことなどを理由に違憲ではないとした。しかしこれに対しては、地藏の「民間信仰」論は後述〔付論〕で紹介する藤田判事が批判するような堀籠判事の「神社は宗教に非ず」とする見解と紙一重ではないかという疑問が否定できないであろう。

問(2) 同じ砂川市が同市内にある富平神社の建つ敷地について、氏子集団と範囲を同じくする地元町内会に無償譲渡した措置は何ゆえ合憲とされるのか。目的効果基準は機能するのか。

①最高裁大法廷は同じ日に、砂川市にある別な富平(とみひら)神社(明治27=1894年に大国主命を祭神とする小祠、大正7=1918年から昭和43=1968年の間に順次神社施設、ただし宗教法人ではない)の敷地について市が地元町内会に無償譲渡した(平成17=2005年に所有権移転登記)ことの政教分離原則違反を問う住民訴訟に対しては、譲渡は違憲状態を解消するためのものであったこと等の経緯を理由に合憲と判断した〔判例②〕。2つの最高裁判決は、〔判例①〕と〔判例②〕のあいだで、公有地に建つ神社等の施設に関して自治体からの敷地の無償提供と無償譲渡で憲法判断が分かれたことは、どのように説明できるのか。全国には調べると、同様に神社等の施設に公有地を無償提供する地方自治体があり、違憲状態を解消しなければならない神社等は相当多数に

のぼる。

②〔判例②〕は、(i)市内の富平神社施設は「明らかに神道の神社施設であり、そこでは神道の方式にのっとった宗教的行事が行われており」、「一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されるおそれがあった」こと、(ii)市から町内会への神社敷地の譲与は、「市が、監査委員の指摘を考慮して」、「憲法の趣旨に適合しないおそれのある状態を是正解消するために行ったものであること」、(iii)「上記市有地は、もともと上記町内会の前身の団体から戦前に小学校の教員住宅用地として寄附されたが、戦後、上記教員住宅の取壊しに伴いその用途が廃止されたものである」こと、を理由に、違憲ではないと判断した。いわば違憲状態の解消のための手法として、歴史的な経緯に基づき本来の所有者であった町内会へ戻す(譲与する)ものという限定的な判断であったと理解できるのである。

\*〔付論〕藤田宙靖判事補足意見(違憲)と堀籠幸男判事反対意見(合憲)の対立を考える必要がある。堀籠判事反対意見が、神社は創始者がいない・自然宗教で日本独特のものだとする神社=多くの国民の安らぎ・親睦施設論を説き本件神社のようなものは習俗的・世俗的なものだとする(合憲)のに対して、藤田判事補足意見は、本件神社を「一義的に宗教施設(神道施設)としこれを世俗的目的とすることは『神社は宗教に非ず』というに等しい」と真っ向から否定しつつ、「ある宗教を信じあるいは受容している国民の数ないし割合が多いか否かが政教分離の問題に結び付けられるもので

はない」と断じる（違憲）が、両意見の対立は、なお民衆レベルの根深い意識状況（「神社は宗教に非ず」）を憲法原理によって正面から対象化すべき課題の大きいことを示していると思われる。

【注 2】2009年度後期「人権の基礎理論」期末試験問題から

（注）本「研究ノート」は、法科大学院未修者科目「人権の基礎理論」の期末試験の問題と解答の論点に関する研究ノートの一部（2009

年度および2010年度）である（2004年度～2008年度までの対応する問題の研究と解答の論点については別に稿を改めて論じた）。それらは、全体として2004年度～2010年度法科大学院併任教員として科目担当者を務めた私が、（できるだけ最新の）憲法判例の多数意見・補足意見・意見・反対意見を「精読すること」を通じて「人権の基礎理論」の学修を系統的に行うことを目的とした授業の記録に資するものである。